Lei 3 (12)

Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erich Schultze
Gerichtsassessor in Manzleben.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Meiner lieben Braut.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. I. Einleitung 1

II. Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts im Regelfalle.

§ 2. A. Allgemeines 2

§ 3. B. Die Subjekte 2

C. Die Objekte.

§ 4. a) Bewegliche Sachen und Wertpapiere 5

§ 5. b) Eigentum am Zurückbehaltungsobjekt 9

§ 6. c) Besitz am Zurückbehaltungsobjekt 14

§ 7. D. Die Forderung 21

§ 8. E. Bestehen des Rechtes Dritten gegenüber 26

§ 9. F. Erschwerung durch Sonderanweisung 29

§ 10. G. Abwendung durch Sicherheitsleistung 32

§ 11. III. Die Voraussetzungen des Notzurückbehaltungsrechts 35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0078

Literaturverzeichnis.

Berichte des Reichstages aus den Jahren 1895—1897.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2. Mannheim 1900.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts. Leipzig 1882.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts. (zit.: EROHG. bezw. ERG.)

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seerechts nebst Denkschrift. 1896.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1888.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Berlin 1906.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Braunschweig 1879—1883.

Laband, Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 9 S. 501.

Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann u. Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Würzburg 1858—1863.

Puchelt, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1894.

Schäfer, Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Jahrg. 1 S. 437 ff. München 1905.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Dr. Otto Fischer, Bd. 12 S. 1 ff. Jena 1905.

Sievers, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Im Sächsischen Archiv für deutsches bürgerliches Recht Bd. 14. Leipzig 1904.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.

Wächter, Das Handelsrecht nach dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1865.

I. Einleitung.

§ 1.

Das Handelsrecht hat es sich von jeher angelegen sein lassen, Bestimmungen für eine ausgedehnte Kreditsicherung zu schaffen; so hat sich im Laufe der Jahrhunderte auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht herausgebildet.

Die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines solchen Rechts ergibt sich daraus, daß der kaufmännische Verkehr, insbesondere der nicht nur vorübergehende, sondern anhaltende Geschäftsverkehr unter Kaufleuten, geschäftliche Beziehungen anknüpft, aber nicht sofort abwickelt, und daß es demgemäß zu Kreditierungen kommen muß.

Hierfür Sicherheiten zu gewähren, ist zunächst das Pfandrecht berufen; die Bestellung eines Pfandrechts erscheint aber zu umständlich, auch ist der Name und Kredit eines Kaufmanns zu leicht in Verruf zu bringen und zu erschüttern, als daß er vertragen würde, daß der Vertragsgegner Sicherheiten verlangt.

So erscheint es angemessen, daß die notwendige Deckung in den Waren oder Wertpapieren des Schuldners zu suchen ist, die der Gläubiger innerhalb des Geschäftsverkehrs vom Schuldner erhalten hat, und daß dieses Recht, das an eine große Anzahl von Voraussetzungen geknüpft ist, beim Vorhandensein eben dieser Voraussetzungen auf Grund des Gesetzes entsteht, und daß es dem Gläubiger überlassen bleibt, durch Geltendmachung des Rechts sich für seine Forderungen zu befriedigen.

Es soll unsere Aufgabe sein, die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts einer Betrachtung zu unterziehen.

II. Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts im Regelfalle.

A. Allgemeines.

§ 2.

Die Voraussetzungen, unter denen ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht gegeben ist, sind in dem § 369 HGB. erschöpfend geregelt; sie bedürfen hinsichtlich der Subjekte, der Objekte und der Forderung einer Erörterung. Hierbei sind zu unterscheiden die Voraussetzungen im Regelfalle, d. h. die bei normalen Vermögensverhältnissen des Schuldners notwendigen Voraussetzungen, und die Voraussetzungen des Notzurückbehaltungsrechts.

Letzteres bedeutet, daß bei anormaler Lage der Vermögensverhältnisse des Schuldners die Bedingungen für das Vorhandensein und die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts erleichtert sind.

B. Die Subjekte.

§ 3.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann nur ausgeübt werden, wenn sowohl der Gläubiger wie der Schuldner Kaufleute sind; es wird also für die beteiligten Subjekte beiderseits Kaufmannseigenschaft verlangt.

Der Begriff des Kaufmanns bestimmt sich nach den §§ 1—4 HGB. Danach hat man zu unterscheiden zwischen Kaufleuten, die durch den Betrieb eines Handelsgeschäfts Kaufmannseigenschaft erlangen[1]) (Mußkaufleute), und solchen, die diese Eigenschaft erst durch Eintragung ins Handelsregister erlangen. Hierzu gehören sowohl die Kaufleute, die zu dieser Eintragung gesetzlich

[1]) HGB. § 1.

verpflichtet sind[2]) (Sollkaufleute), wie auch die, welche zu der Eintragung berechtigt, aber nicht verpflichtet sind[3]) (Kannkaufleute).

Die sogen. Minderkaufleute[4]) unterstehen bezüglich des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts denselben Vorschriften wie die Vollkaufleute.

Nach erfolgter Eintragung im Handelsregister kann auch kaufmännisch retinieren bezw. dem kaufmännischen Retentionsrecht des Gegners ausgesetzt sein, wer wohl ein Gewerbe, aber kein Handelsgewerbe betreibt[5]) (Scheinkaufmann).

Es kann zweifelhaft erscheinen, ob derjenige, der — ohne Kaufmann zu sein — als Kaufmann auftritt und dadurch als Kaufmann gilt, Subjekt des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sein kann.

Dieser Fall liegt z. B. vor, wenn jemand im Handelsregister eingetragen ist, obschon er kein Gewerbe betreibt. Hier kann der § 15 HGB. nicht Anwendung finden, da diese Vorschrift nur bestimmt, daß der zu Unrecht Eingetragene die Eintragung gegen sich gelten lassen muß.

Wenn es mithin auch an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung für diesen Fall fehlt, so ist im allgemeinen doch anzunehmen, daß der im Rechtsverkehr als Kaufmann Auftretende sich darauf berufen kann; denn wenn der Gegner mit ihm, als Kaufmann abschließen, wenn er die Vorteile, die sich hieraus für ihn ergeben, wahrnehmen wollte, so muß er auch, wenn es sich wie beim Zurückbehaltungsrecht um ein Recht des Gläubigers handelt, den Gläubiger als Kaufmann gelten lassen.[6])

Erfordert ein Gewerbebetrieb auf Grund der Gewerbeordnung oder eines anderen Gesetzes die Genehmigung einer Behörde, so kann sich der Zurückbehaltungsgegner nicht darauf berufen, daß die Genehmigung nicht erteilt sei, wenn nur ein Handelsgewerbebetrieb tatsächlich vorliegt bezw. die Firma des Unternehmers gemäß dem § 2 HGB. in das Handelsregister eingetragen ist.[7])

Als Kaufleute sind Subjekte des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts auch die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien, denen durch die Vorschrift des § 6 HGB., und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie die Erwerbs-

---

[2]) HGB. § 2.
[3]) HGB. § 3.
[4]) HGB. § 4.
[5]) HGB. § 5.
[6]) vgl. Staub § 369 Anm. 3, Exk. zu § 5 Anm. 7.
[7]) vgl. HGB. § 7.

und Wirtschaftsgenossenschaften, denen durch besondere Reichsgesetze[8]) allgemein die Kaufmannseigenschaft verliehen ist.

Eine besondere Stellung nehmen die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit ein. Diese sind keine Kaufleute nach § 1 HGB., denn sie betreiben kein Grundhandelsgeschäft nach § 1 Ziff. 3 HGB.; diese Vorschrift bezeichnet nur die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie als Grundhandelsgeschäft. Aber auch nach § 2 HGB. können diese Gesellschaften nicht Kaufleute werden, da sie kein Gewerbe betreiben.

Infolge des Gesetzes v. 12. 5. 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen hat dieser wichtige Unterschied zwischen den beiden Arten von Versicherungsgesellschaften an Bedeutung verloren; denn nach § 16 des Gesetzes finden auf einen privaten Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, der durch die Erlaubnis der Aufsichtsbehörde die Rechtsfähigkeit erlangt hat, die im 1. und 3. Buche des Handelsgesetzbuchs für Kaufleute gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1—7, entsprechende Anwendung, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt. Für das Zurückbehaltungsrecht hat das Gesetz keine Ausnahme geschaffen, mithin können auch diese Gesellschaften kaufmännisch retinieren bezw. dem kaufmännischen Retentionsrecht des Gegners ausgesetzt sein.

Auf den Geschäftsverkehr der Sparkassen und der landschaftlichen Kreditinstitute findet das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht selbst dann keine Anwendung, wenn irrtümlich eine Firma für sie in das Handelsregister eingetragen worden ist. Nach dem allgemein in den Statuten dieser Anstalten festgelegten Zweck dienen sie nicht dem eignen Erwerbe, sondern dem wirtschaftlichen Vorteile aller oder gewisser Volkskreise. Soweit sie einen auf den Erwerb gerichteten Betrieb haben, hat dieser Betrieb auch nur den Zweck, den Einlegern einen möglichst hohen Zinssatz gewähren zu können und von den Darlehnsnehmern einen möglichst niedrigen Zinssatz nehmen zu müssen. Diese Anstalten sind demnach keine „gewerblichen Unternehmungen".

Gemäß dem § 452 Satz 2 HGB. gelten die Postverwaltungen des Reiches und der Bundesstaaten nicht als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs. Diese sowohl als auch die Bergwerksgesellschaften des EG. z. HGB. Art. 5 können weder das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausüben, noch unterliegen sie ihm.[9])

Dem Handlungsgehilfen, insbesondere dem Reisenden, ebenso wie dem Schiffer als solchem, d. h. als nicht selbständig ein Handels-

[8]) Gesetze v. 20. 4. 1892 und v. 1. 5. 1889.
[9]) Denkschr. S. 13, 45, 46.

gewerbe betreibenden, steht ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht dem Geschäftsherrn gegenüber nicht zu; wohl aber steht es dem Handlungsagenten in vollem Umfange zu, da dieser Kaufmannseigenschaft hat.[10])

Daraus, daß der § 369 HGB. vorschreibt, daß das Zurückbehaltungsrecht nur wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften geltend gemacht werden kann, könnte entnommen werden, daß es nicht erforderlich sei, daß das Gesetz außerdem besonders hervorhebt, daß nur „ein Kaufmann" gegen „einen anderen Kaufmann" das Zurückbehaltungsrecht ausüben kann. Und doch ist diese Bestimmung notwendig, da das Gesetz das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft nicht nur zur Zeit des Geschäftsabschlusses, sondern noch darüber hinaus verlangt. Der Zeitpunkt ist im Gesetz zwar nicht bestimmt; es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß es zur Durchführung des Rechtes genügen muß, wenn die Kaufmannseigenschaft zur Zeit des Erwerbes des Zurückbehaltungsrechts vorhanden war, d. h. zu der Zeit, in der der Berechtigte außer der zur Zurückhaltung berechtigenden Forderung noch den Besitz des zurückzubehaltenden Gegenstandes erlangte.

Der nachträgliche Verlust der Kaufmannseigenschaft bei einer der beteiligten Personen hat nicht zur Folge, daß das einmal entstandene Recht untergeht, denn es kann nicht beabsichtigt sein, daß ein vorhandenes Recht durch Änderungen in den persönlichen Verhältnissen eines der Beteiligten erlöschen soll.[11])

Insbesondere ist also nicht erforderlich, daß die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts noch vorhanden ist; auch für und gegen den gewesenen Kaufmann kann das einmal erworbene Recht ausgeübt werden.

C. Die Objekte.

a) Bewegliche Sachen und Wertpapiere.

§ 4.

a) Während Gegenstand des Pfandrechts alle beweglichen Sachen und Rechte, und Gegenstand des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts jede schuldige Leistung sein kann, sind Objekte des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts alle beweglichen Sachen und Wertpapiere. Ausgeschlossen sind demnach die unbeweglichen Sachen, ferner die Forderungen des Schuldners sowie Ansprüche

---

[10]) vgl. Goldmann S. 1554; EOLG. Colmar v. 24. 3. 1903 (Rechtspr. Bd. 6 S. 350).

[11]) vgl. Makower S. 1108.

auf persönliche Leistungen und Handlungen, z. B. auf Rechnungslegung oder auf Leistung eines Wechselakzeptes.

Der Begriff der beweglichen „Sachen" entspricht nicht dem Begriff, den das Bürgerliche Gesetzbuch für „Sachen" aufstellt. Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter Sachen „körperliche Gegenstände". Würde man diesen Begriff zugrunde legen, so würden die Wertpapiere mit unter den Begriff der beweglichen Sachen fallen, während das Handelsgesetzbuch diese Begriffe einander gegenüberstellt. Diese gleiche Gegenüberstellung findet sich auch im § 1 HGB., aus dem wir die Erklärung des Begriffes entnehmen. Der § 1 HGB. enthält hinter den Worten bewegliche Sachen das Wort „Waren" in Klammern hinzugefügt, es sind also als bewegliche Sachen im Sinne des Handelsgesetzbuchs nur solche Sachen anzusehen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind.[1])

Auch Geld kann Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sein, jedoch nur, wenn Geldstücke als körperliche Sachen zurückbehalten werden. Das wird im allgemeinen nicht der Fall sein; wohl aber, wenn z. B. Geldsorten zur Weiterveräußerung angekauft werden, oder wenn der Goldschmied Goldmünzen aufkauft, um sie einzuschmelzen; ferner bei versiegelten Geldrollen.

An einem Guthaben bei einer Bank auf Girokonto, das sich als depositum irregulare darstellt, findet ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht statt.[2])

Auf Grund der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs[3]) sind nicht geeignet, Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu sein, solche beweglichen Sachen, die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterstehen, und zwar diese schlechthin; an solchen Sachen dagegen, die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, oder einem gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Veräußerungsverbot unterliegen, kann an sich eine Zurückbehaltung stattfinden; sie bleibt aber jenen Personen gegenüber ohne Wirkung. Gutgläubigkeit des Zurückhaltenden erweitert seine Rechte nicht, da der Schutz des gutgläubigen Erwerbes sich auf das Zurückbehaltungsrecht überhaupt nicht erstreckt.

β) Wertpapiere sind solche Urkunden, bei denen die Geltendmachung des verbrieften Rechts an den Besitz (die Vorlegung)

---

[1]) vgl. Sievers S. 168 und Makower S. 1110; and. A. Düringer-Hachenburg S. 560, der die Zurückbehaltung auch an beweglichen Sachen zuläßt, die nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sind, ja an solchen, die im Verkehr verboten sind, wie Konterbande und unsittliche Sachen.

[2]) ERG. I. v. 30. 1. 1884 (Bd. 12 S. 90).

[3]) BGB. §§ 134 ff.

des Papiers geknüpft ist, und bei denen die Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechtes bedeutet.

Eine Ausschließung gewisser Wertpapiere vom kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ist im Handelsgesetzbuch nicht ausgesprochen, doch ergeben sich aus dem Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts Beschränkungen. Das Endziel des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist die Befriedigung aus dem Erlöse des zurückbehaltenen Gegenstandes. Zur Erreichung dieses Zwecks ist es notwendig, daß der retinierte Gegenstand einen selbständigen Verkaufswert hat.

Ferner müssen diese Wertpapiere für den Handelsverkehr bestimmt sein, da das Zurückbehaltungsrecht ein ausschließlich kaufmännisches ist.

Für den Handelsverkehr bestimmt sind sie bei leichter Übertragbarkeit und bei leichter Verkaufsmöglichkeit. Es sind mithin hierher zu zählen zunächst die Inhaberpapiere, ferner die durch Indossament übertragenen Namenpapiere; nicht dagegen die Namenpapiere, deren Übertragung eine Zession erfordert, da der Handelsverkehr eine durch unbekannte Einwendungen erschwerte Übertragung nicht kennt. Es kommt aber nicht darauf an, ob das betreffende Papier auf den Namen des Zurückbehaltenden ausgestellt oder an ihn indossiert oder mit Blankoindossament versehen ist.[4])

Danach erscheinen als geeignete Gegenstände des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts auf den Inhaber oder auf den Namen lautende Aktien,[5]) Wechsel, es sei denn, daß sie die Rektaklausel des Ausstellers tragen, Schecks und Konnossemente mit Orderklausel, an Order gestellte kaufmännische Verpflichtungsscheine und kaufmännische Anweisungsscheine, diese wohl selbst vor Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen; ferner die unechten Inhaberpapiere des § 807 BGB., d. h. solche Karten, Marken oder ähnlichen Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, jedoch nur, falls sie nach Absicht der Parteien zur Leistung an den Inhaber verpflichten, nicht nur berechtigen.

Nicht in Betracht kommen dagegen als Gegenstände des Zurückbehaltungsrechts: Forderungen, über die gewöhnliche, nicht indossable Schuldscheine ausgestellt sind,[6]) Erneuerungsscheine (Talons),[7]) Hypothekenbriefe, Namengrundschuldbriefe, nichtkauf-

---

[4]) And. A. Makower S. 1110.

[5]) vgl. unten S. 9.

[6]) vgl. ERHG. II v. 2. 4. 1873 (Bd. 9 S. 243), II. v. 2. 6. 1875 (Bd. 18 S. 18).

[7]) vgl. ERHG. I v. 10. 6. 1873 (Bd. 10 S. 317) und ERG. I v. 12. 2. 1881 (Bd. 3 S. 154).

männische Anweisungen sowie Sparkassenbücher,[8]) Pfand- und Depotscheine der Lagerhäuser, Lebens- und Feuerversicherungspolicen;[9]) alle diese Urkunden sind nicht selbständige Träger eines Rechtes und lassen keine Verwertung zu, wie sie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht verlangt. Die Zurückbehaltung dieser Urkunden bewirkt keine Zurückbehaltung des Rechtes, für das sie bestehen.

Aber auch an dem bloßen Stück Papier kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden. Das Eigentum an dem Papiere steht gemäß dem § 952 BGB. stets dem Gläubiger zu; es kann diesem nicht genommen werden. Das Papier erscheint als Zubehör der Forderung; ein Recht, das an der Forderung nicht bestehen kann, kann daher auch an dem Papiere nicht bestehen.[10])

Solche Beweis- und Legitimationspapiere lassen sich aber doch zur Sicherstellung des Gläubigers verwenden, indem dem Gläubiger vertragsmäßig ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird. Dieses Recht ist aber kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht; es gewährt nicht Befriedigung, sondern nur die Befugnis, die Herausgabe des Papiers dem Schuldner so lange vorzuenthalten, bis die Befriedigung erfolgt ist.[11])

Urkunden, die einen selbständigen Vermögenswert haben, z. B. Autogramme, Handschriften — im Gegensatz zu Geschäftsbüchern, Zeugnissen, Pässen —, haben als bewegliche Sachen zu gelten und unterliegen als solche dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte.

Nicht geeignet sind dagegen Gesellschaftsanteile, auch Anteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, selbst wenn über sie Anteilscheine ausgestellt sind; ferner nicht Urheber- und Patentrechte, auch nicht ein Vermögensinbegriff, z. B. ein ganzes Vermögen, ein Handelsgeschäft oder ein Nachlaß. Wohl ist an den einzelnen Gegenständen, unter Umständen auch an allen einzelnen Gegenständen z. B. an einer Bibliothek ein Zurückbehaltungsrecht denkbar; in einem solchen Falle werden aber stets die einzelnen

---

[8]) vgl. ERG. VI v. 5. 3. 1888 (Bd. 20 S. 135), V v. 28. 9. 1904 (Gruchot Bd. 49 S. 365).

[9]) vgl. ERG. VI v. 5. 3. 1888 (Bd. 20 S. 133); ERG. v. 14. 3. 1902 (Bd. 51 S. 86); dagegen ERHG. II v. 2. 4. 1873 (Bd. 9 S. 242).

[10]) vgl. Staub § 369 Anm. 15; Düringer-Hachenburg § 369 Anm. III, 3b; Goldmann § 369 Nr. 20; Lehmann-Ring § 369 Nr. 7; Sievers S. 170; ERG. II v. 14. 3. 1902 (Bd. 51 S. 87).

[11]) vgl. Makower S. 1111; Goldmann S. 1556; ERG. V v. 15. 5. 1886 Bd. 16 S. 169 ff.), IV v. 5. 3. 1888 (Bd. 20 S. 135).

Gegenstände, nicht der Vermögensinbegriff als solcher, kaufmännisch zurückbehalten.

Nicht ausgeschlossen von den Wertpapieren sind hier solche, die nur mit Zustimmung des Verpflichteten, insbesondere der Gesellschaftsorgane einer Gesellschaft, übertragen werden können, z. B. Aktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind.

An einem unübertragbaren Rechte kann zwar kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht bestehen, aber die genannten Rechte sind nicht unübertragbar; sie bleiben für den Handelsverkehr bestimmte Wertpapiere. Zum Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts gehört die Verkaufsmöglichkeit; hieran fehlt es den genannten Papieren nicht, wenn auch die Veräußerung unter Umständen erschwert ist.

b) Eigentum am Zurückbehaltungsobjekt.

§ 5.

Nur wenn die beweglichen Sachen und Wertpapiere im Eigentum des Schuldners stehen — was der Gläubiger zu beweisen hat[12]) —, können sie vom Gläubiger zurückbehalten werden, und zwar nur unter der weiteren Voraussetzung, daß das Eigentum des Schuldners an den Sachen zu der Zeit besteht, in der das Zurückbehaltungsrecht entstanden ist; also in dem Augenblicke, in welchem die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auf Grund deren es geltend gemacht werden kann. Ob der Schuldner auch vorher Eigentümer war, ist dabei ebenso belanglos, als wenn er das Eigentum später, sei es bereits auch vor der Geltendmachung des Rechtes durch den Gläubiger, verliert.

Da das Gesetz verlangt, daß es „Sachen und Wertpapiere des Schuldners" sein müssen, so müssen die Sachen schon in der Hand des Schuldners Vermögenswerte darstellen, das ist z. B. nicht der Fall bei eigenen Akzepten des die Zahlung anbietenden Schuldners.

Steht die Sache im Miteigentum mehrerer, so muß der Schuldner Miteigentümer sein, und es muß ihm ein Verfügungsrecht an der Sache zustehen.

Ebenso ist es bei dem Gesamthandseigentum:

Der Zurückbehaltungsberechtigte kann mithin Sachen der Ehefrau seines Schuldners nur retinieren, wenn die Ehegatten in Gütergemeinschaft leben, und die Sachen gemäß dem Ehegüterrecht für die Verbindlichkeiten des Ehemannes haften, wie die Sachen

[12]) vgl. ERG. I v. 12. 2. 1881 (Bd. 3 S. 154).

des Gesamtgutes. — Für die persönlichen Schulden der Ehefrau, die sie während des Bestehens des Güterstandes eingegangen ist, haften die Sachen des Gesamtgutes nur, wenn diese Schulden mit Zustimmung des Mannes eingegangen sind, oder wenn das Geschäft, auf dem sie beruhen, auch ohne die Zustimmung des Ehemannes für das Gesamtgut wirksam ist, wozu namentlich die Schulden der Frau aus einem Erwerbsgeschäft gehören, das die Frau mit Willen des Ehemanns betreibt. Niemals fallen darunter Sachen, die zu dem eingebrachten oder Vorbehalts-Gut der Ehefrau gehören.[13])

Mithin hat auch der Privatgläubiger eines Gesellschafters kein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen der Gesellschaft;[14]) wohl aber kann der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft mit Rücksicht auf die im § 128 HGB. bestimmte Haftung Sachen des Gesellschafters wegen des Anspruchs gegen die Gesellschaft zurückbehalten.

An Sachen dritter Personen ist ein Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich ausgeschlossen; es ist nur gegeben, wenn der Dritte mit der Ausübung des Rechtes einverstanden ist:

Hat daher der Gläubiger als Vertreter des Dritten das Eigentum übertragen erhalten, so hat er das Zurückbehaltungsrecht noch nicht erworben, weil das Eigentum infolge der Übertragung dem Dritten zusteht.[15])

Der Frachtführer kann also nicht für Forderungen, die er gegen den Verkäufer hat, Gegenstände zurückbehalten, die bereits dem Käufer gehören, und die ihm — dem Frachtführer — mit der Bestimmung übergeben sind, sie dem Käufer auszuhändigen.

Falls zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts ein durch den Besitzverlust nicht untergegangenes Recht eines Dritten an der Sache besteht, so geht das ältere Recht dem Zurückbehaltungsrechte vor; das gilt auch von einem Pfandrechte, es sei denn, daß es sich um ein aus Versendung oder Beförderung entstandenes, jüngeres Zurückbehaltungsrecht gegenüber einem älteren, aus Versendung oder Beförderung entstandenen Zurückbehaltungsrechte handelt, denn in diesem Falle würde in entsprechender Anwendung des § 443 HGB. das jüngere dem älteren Rechte vorgehen.[16])

Mangels einer besonderen Bestimmung können die für den Erwerb von Eigentum, Pfandrecht und Nießbrauch gegebenen

---

[13]) BGB. §§ 1459, 1460.
[14]) BGB. § 719.
[15]) ERG. I v. 7. 4. 1880 (Bd. 2 S. 1).
[16]) vgl. Makower S. 1561.

Vorschriften über den Schutz gutgläubigen Erwerbes auf Grund der §§ 932 ff. BGB. und des § 366 HGB. auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht bezogen werden; auch wenn mithin der Gläubiger annimmt und annehmen darf, der Schuldner sei Eigentümer der retinierten Sache, während sie in Wirklichkeit im Eigentum eines Dritten steht, so erlangt er dennoch kein Zurückbehaltungsrecht. Das Eigentum des Schuldners ist ein objektives und absolutes Erfordernis für die Entstehung des Rechtes.

Aus diesem Grunde macht es für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht keinen Unterschied, ob der Zwischenbankier dem Hauptbankier die im § 8 Abs. 1 des Depotgesetzes v. 5. 7. 1896 vorgeschriebenen Mitteilungen macht oder nicht. Stehen die Papiere im Eigentum des Auftraggebers des Zwischenbankiers, so kann der Hauptbankier in keinem Falle wegen seiner Forderungen an den Zwischenbankier ein Zurückbehaltungsrecht ausüben.[17])

Der Ausschluß des Schutzes des guten Glaubens in bezug auf die Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts steht in scharfem Gegensatz zum Erwerbe eines Pfandrechts, das nach Handelsrecht sogar als gesetzliches gutgläubig erworben werden kann. Das beruht darauf, daß das Zurückbehaltungsrecht im Gegensatz zu dem dinglichen Pfandrecht ein bloß obligatorisches Recht ist.[18])

Dem Schuldner aber, der die Sachen ausdrücklich als die seinigen hingegeben oder doch den Gläubiger zu dieser Annahme verleitet hat, steht in bezug auf sein Rückforderungsrecht die Einrede der Arglist entgegen.

Zur Lösung einer früher bestehenden Streitfrage ordnet das Handelsgesetzbuch im § 369 Abs. 1 Satz 2 an, daß das Zurückbehaltungsrecht auch dann begründet ist, wenn das Eigentum von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

Es ist zu beachten, daß die Zurückübertragung des Eigentums auf den Schuldner in den beiden durch das „oder" getrennten Fällen des Satz 2 zu erfolgen hat, da ein Komma vor „aber", aber keins vor „oder" steht.[19])

Es wird also verlangt, daß der Schuldner oder ein Dritter für den Schuldner dem Gläubiger die Sache zu Eigentum übertragen hat; es muß der Schuldner persönlich oder durch einen

---

[17]) vgl. Staub § 369 Anm. 21; Düringer-Hachenburg S. 562; Schlegelberger S. 199 ff.

[18]) Darüber vgl. unten S. 26.

[19]) vgl. Makower S. 1113; Düringer-Hachenburg S. 565.

Dritten seine eigene Sache, oder es muß der Dritte seine Sache für den Schuldner, d. h. in seinem Auftrage gemäß dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse,[20]) übertragen, und es wird ferner verlangt, daß der Gläubiger verpflichtet ist, das Eigentum zurückzuübertragen. Es genügt mithin nicht, wenn der Gläubiger lediglich verpflichtet ist, die ihm von einem Dritten übertragene Sache auf den Schuldner weiterzuübertragen, wie z. B. im Verhältnis des Einkaufskommissionärs zum Kommittenten.[21]) [22])

Diese Vorschrift, die gegeben ist, weil nach der Verkehrsauffassung die Sache als wirtschaftlich dem Schuldner gehörig angesehen wird, bildet die einzige Ausnahme von dem Prinzip, daß die retinierten Sachen im Eigentum des Schuldners stehen müssen.

Die Denkschrift[23]) erwähnt als Beispiel hierzu einmal den Fall der Erhebung der Mängelrüge seitens des Käufers nach Übergang des Eigentums.

Während nach preußischem Rechte die zur Verfügung gestellte Sache Eigentum des Käufers blieb, bis der Verkäufer die Zurdispositionsstellung angenommen hatte, ist nach heutigem Rechte von einem anderen Gesichtspunkte auszugehen. Es ist zu berücksichtigen, daß das Eigentum nur dann übertragen wird, wenn beide Teile über den Eigentumswechsel einig sind. Eine Einigung liegt aber nicht vor, wenn der Käufer die Ware sofort untersucht und zur Verfügung stellt, da die bloße Abnahme die sachenrechtlich erforderliche Einigung nicht in sich schließt, da ja auch der Zweck verfolgt werden kann, die Sache nur deshalb abzunehmen, um sie vor der Annahme zu prüfen. Stellt aber der Käufer die übersandte Ware sofort nach Prüfung zur Verfügung, so gibt er damit zu erkennen, daß er eine Einigung nicht erklärt hat, daß er mithin einen Eigentumswechsel als vollzogen nicht anerkennen will. — Die Frage des Eigentumsüberganges ist also selbständig zu beurteilen.

Das Gesagte gilt in der Hauptsache aber nur für den Distanzkauf; wird dagegen die Ware dem Käufer vom Verkäufer unmittelbar übergeben, so ist, wenn der Käufer die Ware annimmt, ohne einen Vorbehalt zu machen, anzunehmen, daß er den Eigentumsübergang wollte.

Das letztere ist gleichfalls beim Stundungskauf anzunehmen, ferner im Falle des Gattungskaufes, falls das Zurdispositionstellen erst später geschieht, insbesondere wenn der Fehler erst

---

[20]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 565; and. A. Makower S. 1113.
[21]) Hier käme § 398 HGB. zur Anwendung.
[22]) And. A. Makower S. 1114.
[23]) S. 211 ff.

nach der Ablieferung bei späterer Untersuchung entdeckt werden konnte. Das ist zugleich der einzige für die Praxis wichtige Fall, in dem die das Zurückbehaltungsrecht an einer Sache betreffende Bestimmung bei einem Gattungskauf zur Anwendung kommt.

Es ist demnach nicht unrichtig, wenn die Denkschrift davon ausgeht, daß die Bestimmung des Satzes 2 im § 369 Abs. 1 HGB. für den Fall der Erhebung der Mängelrüge und des Wandelungsbegehrens seitens des Käufers nach Übergang des Eigentums gegeben ist.[24])

Die Vorschrift kommt ferner zur Anwendung, wenn der Käufer auf Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung den gekauften Gegenstand, an dem er bereits Eigentum erlangt hatte, zurückgeben muß, z. B. wenn der Verkäufer das der Übereignung zugrunde liegende Kausalgeschäft anficht, und der Käufer gemäß den §§ 812 ff. BGB. den ihm bereits übertragenen Gegenstand zurückübertragen muß. — Unterliegt auch zugleich das dingliche, abstrakte Übereignungsgeschäft der Anfechtung, was der Regel entsprechen wird, so wird es allerdings der Rückübereignung nicht bedürfen, und es wird mithin unser Ausnahmefall nicht vorliegen, da dann infolge der nichtigen Einigung ein Eigentumsübergang nicht stattgefunden hat, und folgeweise der Normalfall vorliegt, daß ein Zurückbehaltungsrecht am schuldnerischen Eigentum ausgeübt wird.

Wichtig ist diese Vorschrift endlich in den Fällen, in denen ein beweglicher Gegenstand oder ein Wertpapier zum Zwecke der Sicherung auf den Gläubiger übertragen und dieser Gegenstand nach Wegfall des zu sichernden Anspruchs zurückzuübertragen ist; ferner für Gegenstände, bezüglich deren der vorbehaltene Wiederkauf ausgeübt ist.

In diesen Fällen könnte ohne die hier behandelte Bestimmung des § 369 Abs. 1 Satz 2 HGB. ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden.

Daß eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Fälle, in denen weder der Schuldner noch der Gläubiger Eigentümer ist, insbesondere wenn der Dritte, der für den Schuldner an den Gläubiger zu leisten hatte, Eigentümer geblieben ist, ausgeschlossen ist, erscheint außer allem Zweifel; sie kann nicht als naheliegend betrachtet werden,[25]) da die im Gesetz für diesen Ausnahmefall gegebenen Voraussetzungen gänzlich andere sind.

Der Wortlaut des Gesetzes zwingt dazu, sich freizuhalten von jeder ausdehnenden Auslegung der Gesetzesvorschrift. Nur

---

[24]) And. A. Staub § 369 Anm. 23.
[25]) And. A. Düringer-Hachenburg S. 566.

für diesen einen Fall, in dem ein Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts sachlich nicht gerechtfertigt erscheinen würde, ist unsere Bestimmung anwendbar; sie darf nicht übertragen werden auf andere Fälle, die das Gesetz nicht genannt hat. Das gilt z. B. für den Fall, wenn eine Ware, die der Käufer bereits bezahlt hat, die ihm aber noch nicht übergeben ist, wegen irgendwelcher Ansprüche an den Käufer aus anderen Handelsgeschäften zurückbehalten werden soll. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist in einem solchen Falle — wie wenig zweckmäßig es auch erscheint — mangels einer besonderen Ausnahmebestimmung unzulässig, denn es kann hier nicht von einer Verpflichtung zur Rückübertragung gesprochen werden.[26])

c) Besitz am Zurückbehaltungsobjekt.

§ 6.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann nur an solchen Gegenständen entstehen, die der Gläubiger im Besitz hat.

Zunächst ist zu beachten, daß sich das Zurückbehaltungsrecht nur auf im Besitze des Gläubigers befindliche Sachen bis zum Werte der zu sichernden Forderung erstreckt;[27]) anders beim Pfandrecht gemäß den §§ 1222, 1257 BGB. Für das Zurückbehaltungsrecht fehlt es an entsprechenden Vorschriften, und da das Zurückbehaltungsrecht nur soweit gehen soll, als zur Sicherung erforderlich ist, so kann, falls der Wert der zurückbehaltenen Gegenstände den Wert der Forderung übersteigt, der Überschuß ohne Sicherheitsleistung herausverlangt werden.[28])

Gemäß den Vorschriften über den Besitz im Bürgerlichen Gesetzbuch[29]) lassen sich folgende Regeln aufstellen.

Es ist belanglos, ob der Schuldner neben dem unmittelbar besitzenden Gläubiger den mittelbaren Besitz der Sache hat, wie es in den meisten Fällen auch sein wird, oder ob der Schuldner Besitzdiener des Gläubigers nach dem § 855 BGB. ist.

Es genügt, wenn der Zurückbehaltungsberechtigte mittelbarer Besitzer ist, also wenn ein anderer für ihn den Gegenstand auf Grund eines Verhältnisses besitzt, vermöge dessen er dem Zurückbehaltungsberechtigten gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.[30]) Der Gläubiger kann also zurückhalten, auch wenn er die Sache hinterlegt, oder wenn er ein Pfandrecht

---

[26]) vgl. Staub § 369 Anm. 24.
[27]) vgl. unten S. 32 ff.
[28]) vgl. ERHG. v. 17. 6. 1871 (Bd. 2 S. 383).
[29]) BGG. §§ 854 ff.
[30]) BGB. § 868.

an der Sache bestellt hat. Das Zurückbehaltungsrecht kann sogar ausgeübt werden, wenn der unmittelbare Besitzer zunächst aus eigenem Recht selbst ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, da hierdurch an der Tatsache des mittelbaren Besitzes nichts geändert wird.

Im Falle des mittelbaren Besitzes durch den Gläubiger entsteht aber kein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Schuldner selbst der unmittelbare Besitzer ist, denn wenn sich der, demgegenüber das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll, bereits im unmittelbaren Besitze befindet, so ist eine Rückbehaltung aus natürlichen Gründen unmöglich.

Das Handelsgesetzbuch führt als Beispiel des Besitzes einen besonderen Fall an, daß nämlich der Gläubiger mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins über den Gegenstand verfügen kann. Das ist ein Fall des mittelbaren Besitzes. Der Gläubiger erwirbt hier ein Zurückbehaltungsrecht, wenn die Sache von dem Schiffer, Frachtführer oder Lagerhalter übernommen ist, wenn der Gläubiger das Dispositionspapier im Besitze hat und nach seinem Inhalte Berechtigter ist, sei es, weil er Adressat des Papiers ist, sei es kraft Indossaments oder sonstiger Rechtsnachfolge.

Abgesehen davon, daß infolge der Möglichkeit, verfügen zu können, der Besitz an der Ware und somit ein Zurückbehaltungsrecht an ihr gegeben ist, kann unabhängig davon ein Zurückbehaltungsrecht an dem Dispositionspapier in seiner Eigenschaft als Wertpapier vorkommen, das ist z. B. der Fall, wenn trotz Besitz des indossierten Papiers kein Besitz an der Ware besteht, weil diese dem unmittelbaren Besitzer gestohlen worden ist.

Gleichgültig ist, ob der Gläubiger, der nach dem Inhalte des Papieres nach außen der allein Berechtigte ist, in Wahrheit kein Recht an der Sache hat, z. B. wenn ihm die Ware durch Indossierung des Verfügungspapieres verpfändet ist. Die Vorschrift des § 369 HGB. gibt dem Gläubiger, der auf Grund des Papiers über die Sache verfügen kann, das Recht, ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben.

Anders liegt es, wenn das Papier auf den Namen des Schuldners lautet; dann erstreckt sich das Zurückbehaltungsrecht nicht auf die Ware, sondern nur auf das Papier, und zwar, weil es Wertpapier ist. Der Gläubiger kann also nicht die Ware verkaufen, wohl aber kann er das Papier nach Erwirkung eines vollstreckbaren Titels gemäß dem § 1295 BGB. oder im Wege des Verkaufes gepfändeter Sachen verkaufen lassen.[31])

---

[31]) And. A. Makower S. 1117.

Außer dem Fall, daß der Gläubiger selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, erwirbt er ein Zurückbehaltungsrecht auch dann, wenn ein Besitzdiener für ihn den Besitz erlangt. Besitzdiener ist der, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat, ausübt.[32])

Ein Besitzdiener kann selbst nicht retinieren, da er eben nicht Besitzer, sondern nur unselbständiger Inhaber ist.

Es genügt auch der Mitbesitz, selbst wenn der Schuldner der andere Mitbesitzer ist; es hat mithin, weil das Kassenschrankfachgeschäft nach richtiger Meinung ein Mitbesitzerverhältnis zwischen Bank und Kunden begründet, der Bankier ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an den Wertpapieren, die sich im Schrankfach unter beiderseitigem Mitverschluß befinden.[33])

Aus dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts ergibt sich endlich, daß derjenige, der eine Sache als ihm gehörend besitzt, der sogen. Eigenbesitzer, von dem oben besprochenen Ausnahmefall abgesehen, kein Zurückbehaltungsrecht erlangen kann, da Voraussetzung für das Zurückbehaltungsrecht ist, daß der Gläubiger eine Sache zurückhält, die ihm bewußtermaßen nicht gehört.

Wenn sich das Zurückbehaltungsrecht auf den bestimmten Teil einer Sachgesamtheit erstrecken soll, so muß der Gläubiger Besitzer der einzelnen Gegenstände sein. Befände sich ein Dritter, z. B. ein Lagerhalter, im Besitze, so genügt es nicht, wenn der Anspruch gegen den unmittelbar besitzenden Dritten auf Herausgabe nur nach Gewicht oder Menge, aber nicht hinsichtlich einzelner Stücke und auch nicht hinsichtlich eines Bruchteils bestimmter Bestandteile der Sachgesamtheit abgetreten ist; es ist vielmehr der Dritte durch den Eigentümer von dieser Abtretung zu benachrichtigen, und der Teil, der zurückbehalten werden soll, aus der Sachgesamtheit auszuscheiden oder sonst kenntlich zu machen. Ohne diese Maßnahmen kann der Dritte nicht den Willen haben, die zurückzubehaltenden Gegenstände für einen anderen als den Eigentümer in Gewahrsam zu halten.[34])

Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es darauf an, daß der Gläubiger den Zurückbehaltungsgegenstand zu der Zeit im Besitze hat, wo er das Recht geltend macht; daß er den Besitz bereits früher erlangt hat, ist nicht erforderlich. Wohl aber dauert

---

[32]) BGB. § 855.
[33]) vgl. Makower S. 1117; Schlegelberger S. 203.
[34]) vgl. ERG. II v. 28. 10. 1902 (Bd. 52 S. 395).

das Zurückbehaltungsrecht nur so lange, als der Gläubiger im Besitz bleibt. Verliert er den Besitz, so geht das Recht verloren. Der Zurückbehaltungsberechtigte ist nicht befugt, wie der Pfandgläubiger und Nießbraucher gemäß den §§ 1065 u. 1227 BGB., bei Beeinträchtigungen des Zurückbehaltungsrechts die Vorschriften über das Eigentum zur entsprechenden Anwendung zu bringen, da das Zurückbehaltungsrecht keine dingliche Wirkung hat;[35]) mithin hat der Besitzverlust das Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts zur Folge.

Freiwilliger und unfreiwilliger Besitzverlust stehen sich gleich, da die Tatsache des Besitzes schlechtweg Voraussetzung für das Bestehen des Zurückbehaltungsrechts ist. Erlangt der Gläubiger nach freiwilligem Besitzverlust den Besitz der Sache wieder, so lebt dadurch das alte Zurückbehaltungsrecht nicht wieder auf, denn in dem freiwilligen Besitzverlust liegt ein Verzicht auf das Recht selbst, da ja der Besitz Voraussetzung des Rechtes ist. Wohl kann beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen ein neues Zurückbehaltungsrecht entstehen.

Bei unfreiwilligem Besitzverluste lebt das erloschene Zurückbehaltungsrecht wieder auf, wenn der Gläubiger den Besitz wiedererlangt hat, was er durch Klage aus § 1007 BGB. selbst dem gutgläubigen Besitzer gegenüber erreichen kann — ausgenommen bei Geld- und Inhaberpapieren.

Mit dem Willen des Schuldners muß der Gläubiger den Besitz der Sachen erlangt haben. Sind nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners Sachen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gekommen, so kommt es darauf an, ob dies mit Willen des Konkursverwalters geschah.[36])

Der Gläubiger wird also kein Zurückbehaltungsrecht erlangen, wenn er wider Willen, oder wenn er ohne Willen des Schuldners Besitzer geworden ist.

Wider Willen des Schuldners wird er Besitzer, wenn er eigenmächtig Sachen an sich nimmt, sei es im Wege der unerlaubten Handlung, der verbotenen Eigenmacht, oder auch im Wege erlaubter Selbsthilfe.

Ohne den Willen des Schuldners wird er Besitzer, wenn z. B. eine Sendung irrtümlich bei dem Gläubiger falsch abgegeben worden ist, ferner wenn der Wille des Schuldners nichtig oder anfechtbar und angefochten ist.

Rechtliche Nichtigkeit schadet stets. Anfechtbarkeit dagegen

---

[35]) vgl. darüber unten S. 26.
[36]) vgl. ERG. v. 21. 11. 1901 (im Recht 1902 S. 24 N. 98).

nur, wenn die Anfechtung wirklich erfolgt; dann gilt der Übertragungswille als von Anfang an unwirksam (§ 142 BGB.).

Zur Entstehung des Zurückbehaltungsrechts wird ein wirklich vorhandener Wille des Schuldners erfordert, dessen Vorhandensein vom Gläubiger zu behaupten und nötigenfalls auch zu beweisen ist. Es genügt nicht das Vorhandensein eines bloß mutmaßlichen Willens, wenn es andererseits zum Nachweise auch ausreichen wird, daß der Gläubiger Tatsachen zu beweisen imstande ist, auf Grund deren der Besitzübertragungswille gemäß § 133 BGB. und § 286 ZPO. anzunehmen ist. — So entsteht z. B. nicht nur an den Teilen einer zur Reparatur übergebenen Maschine, die ausgebessert werden sollen, ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, sondern auch an solchen unter stillschweigender Zustimmung des Eigentümers mitübergebenen Teilen der Maschine, die nicht ausgebessert werden sollen.[37])

Willensmängel auf seiten des Gläubigers sind für das Vorhandensein des Zurückbehaltungsrechts unwesentlich.

Es ist nicht notwendig, daß die Besitzübertragung vom Schuldner auf den Gläubiger durch ausdrückliche Erklärung erfolgt ist; es genügt, wenn nach den Verhältnissen eine Übertragung angenommen werden muß. Ferner genügt es, wenn ein Dritter mit dem Willen des Schuldners den Besitz übertragen hat, wobei ein Einverständnis für den Einzelfall zwischen dem Schuldner und dem Dritten nicht unbedingt vorhanden sein muß. Der Gläubiger erwirbt z. B. das Zurückbehaltungsrecht, wenn ihm der Prokurist des Schuldners innerhalb seiner Prokura den Besitz überträgt. Es genügt, wenn der Schuldner seine allgemeine Zustimmung dazu erklärt hat, daß der unmittelbare Empfänger seine Sache weiterbegebe.[38]) — Es genügt auch, daß der Wille des allgemeinen Rechtsvorgängers des Schuldners, z. B. seines Erblassers, auf die Besitzübertragung gerichtet gewesen ist.

Dieser Wille des Schuldners muß vorhanden sein zur Zeit der Besitzübertragung und andauern, bis alle anderen wesentlichen Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts vorliegen, die den Gläubiger zur Zurückbehaltung berechtigen. Wenn also der Schuldner seinen Willen ändert, und durch diese Änderung dem Gläubiger das Recht zum Besitze genommen wird, bevor alle übrigen wesentlichen Voraussetzungen gegeben sind, so fehlt es nunmehr an der gleichfalls wesentlichen Voraussetzung einer gewollten Besitzübertragung. An einem Beispiel soll der Sachverhalt erläutert werden:

---

[37]) vgl. ERG. VI v. 8. 10 1900 (JurW. 1900 S. 756 Nr. 26).
[38]) vgl. ERG. I v. 17. 3. 1883 (Bd. 9 S. 48).

Der Hinterleger verlangt nach Zahlung der vereinbarten Vergütung Herausgabe der hinterlegten Sache (§ 695 BGB.), bevor der Verwahrer eine andere fällige Forderung gegen ihn erlangt hat. Es entsteht hier mit späterer Entstehung dieser Forderung kein Zurückbehaltungsrecht, da das Vorhandensein des Übertragungswillens nicht mit der gleichfalls erforderlichen Voraussetzung der Fälligkeit einer Forderung des Gläubigers zusammentrifft.[39])

Dieser Wille stellt sich aber nicht, wie Laband[40]) annimmt, als eine stillschweigende Bestellung des Zurückbehaltungsrechts dar; dem Schuldner hat wohl in den überaus meisten Fällen nichts ferner gelegen, als seinem Gegner ein Recht einzuräumen. Es wird nur verlangt, daß der Schuldner freiwillig den Besitz seiner Gegenstände auf den Gläubiger übertragen hat.

Auch in dem Falle, daß dem Käufer, nachdem er wegen Nichterfüllung bereits vom Vertrage zurückgetreten ist, die Ware dennoch verspätet zugesandt wird, gelangt die Ware mit dem Willen des Verkäufers in den Besitz des Käufers, und dem Käufer steht an der Ware das Zurückbehaltungsrecht zu, wenn er sie wegen verspäteter Erfüllung zurückweist und einlagert.[41])

Auf Grund von Handelsgeschäften muß der Gläubiger Besitzer geworden sein. Das Handelsgesetzbuch[42]) versteht unter Handelsgeschäften alle die Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Ein Handelsgeschäft wird der Besitzerlangung schon deshalb regelmäßig zugrunde liegen, weil der Gläubiger notwendig Kaufmann sein muß.

Nach dem Wortlaut des Handelsgesetzbuches hat der Gesetzgeber das Vorhandensein eines Handelsgeschäftes auf nur einer Seite als ausreichend angesehen; denn da das Gesetz bezüglich der Forderungen, auf Grund deren ein Zurückbehaltungsrecht möglich ist, ausdrücklich sagt, sie müssen entstanden sein aus einem zwischen den Parteien geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft, während es bei der Erlangung des Besitzes der zu retinierenden Sache nur von Handelsgeschäften schlechthin spricht, so muß daraus geschlossen werden, daß es genügt, wenn auf einer der beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt; und zwar ist es gleichgültig, ob es auf seiten des Gläubigers oder des Schuldners ein Handelsgeschäft ist.[43]) Aus dem Gesetz läßt sich nicht ableiten, daß es etwa auf seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft sein muß.

---

[39]) vgl. Lehmann-Ring S. 88; Schlegelberger S. 206.
[40]) a. a. O. S. 501.
[41]) vgl. ERG. I v. 4. 6. 1890 (Bd. 26 S. 58 ff.).
[42]) § 343.
[43]) vgl. Staub § 369 Anm. 26; Schlegelberger S. 206 f.; ERG. II v. 12. 7. 1887 (Bd. 19 S. 123).

Aus denselben Gründen ist es nicht erforderlich, daß das Geschäft, auf Grund dessen der Gläubiger den Besitz erhält, zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen ist, wie dies in Ansehung der Forderung, infolge deren ein Zurückbehaltungsrecht entsteht, verlangt wird. Es gehören hierher auch Geschäfte mit Dritten, die entweder für den Schuldner als dessen Beauftragte oder als Geschäftsführer ohne Auftrag oder für sich handeln. Das steht damit im Zusammenhange, daß — wie wir oben[44]) gesehen haben — der Gläubiger den Besitz nicht unmittelbar vom Schuldner erhalten zu haben braucht.

Der Wortlaut des Gesetzes, das die Mehrzahl „Handelsgeschäfte" gebraucht, legt den Gedanken nahe, daß dann, wenn die Sache nicht unmittelbar vom Schuldner dem Gläubiger übergeben worden ist, auch alle Zwischengeschäfte Handelsgeschäfte sein müssen, daß also insbesondere das Geschäft, auf Grund dessen der Schuldner den Besitz der Sache aufgegeben hat, ein Handelsgeschäft gewesen sein muß. Nach dem Gedanken, der dem Gesetze zugrunde liegt und der sich aus dem Zusammenhange ergibt, wird jedoch nur verlangt, daß das Geschäft, auf Grund dessen der Gläubiger den Besitz erlangt, ein Handelsgeschäft sein muß.

Wenn auch die Handelsgeschäfte meistens Verträge sind, so genügen zur Voraussetzung gültiger Besitzerlangung auch einseitige Rechtshandlungen. So erwirbt der Kaufmann, dem von einem anderen Kaufmann eine Ware als Kaufangebot zugesandt wird, gültigen Besitz und bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen auch ein wirksames Zurückbehaltungsrecht, trotzdem auf seiner Seite nur die tatsächliche Besitzergreifung vorliegt.

Die Geschäfte brauchen auch noch nicht ausgeführt zu sein; es entspricht den Anforderungen des Handelsverkehrs, daß auch bloße, in der beiderseitigen Erwartung eines Handelsgeschäfts gemachte Zusendungen als handelsgeschäftliche Hergänge im Sinne des § 369 HGB. anzusehen sind.[45])

An unbestellt zugesandten Waren kann dagegen ein Zurückbehaltungsrecht nur unter der Voraussetzung entstehen, daß die Zusendung der unbestellten Ware auf seiten des Schuldners, oder daß die Annahme zur Aufbewahrung für den Schuldner auf seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft ist, was gemäß der Vorschrift des § 344 Abs. 1 HGB. im Zweifel anzunehmen ist.[46])

---

[44]) S. 18.

[45]) vgl. ERHG. II v. 2. 10. 1872 (Bd. 7 Nr. 53), II v. 4. 6. 1873 (Bd. 10 Nr. 50); ERG. I v. 4. 6. 1890 (Bd. 26 S. 59 f.).

[46]) vgl. Staub § 369 Anm. 26; Makower S. 1116 f.; Schlegelberger S. 207 f.; Änd. A. Lehmann-Ring S. 88.

Die Voraussetzung, daß der Gläubiger den Besitz der zurückzubehaltenden Sache auf Grund von Handelsgeschäften erlangt haben muß, muß gleichfalls noch vorliegen zu einer Zeit, in der auch alle übrigen wesentlichen Voraussetzungen vorhanden sind. So genügt es nicht, wenn der Gläubiger den Besitz zwar auf Grund eines Handelsgeschäftes erlangt hat, aber zur Zeit des Eintritts der übrigen Voraussetzungen nicht mehr auf Grund eines Handelsgeschäfts besitzt, z. B. weil ein Speditionsauftrag zurückgenommen wurde, und ein bürgerlicher Leihvertrag an seine Stelle trat; während es umgekehrt genügt, wenn der Gläubiger den Besitz zwar nicht auf Grund eines Handelsgeschäftes erlangt hat, aber zur Zeit des Eintritts der übrigen Voraussetzungen den Besitz der Sache auf Grund eines Handelsgeschäftes innehat.

D. Die Forderung.

§ 7.

Die Forderungen, auf Grund deren das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann, unterliegen verschiedenen Erfordernissen.

1. Die Forderungen dürfen noch nicht untergegangen, der Gläubiger darf also noch nicht befriedigt sein.

2. Die Forderungen müssen entstanden sein aus zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften, die nicht wirkungslos oder nichtig sein dürfen.[1])

Nach der Begriffsbestimmung, die das Handelsgesetzbuch selbst von den Handelsgeschäften gibt,[2]) genügt es nicht, daß das Geschäft, auf das sich die Forderung gründet, von zwei Kaufleuten geschlossen ist; es muß hinzukommen, daß es innerhalb des Rahmens ihres Geschäftsbetriebes zustande gekommen ist. Ausgeschlossen sind also Forderungen, die z. B. aus Geschäften zwischen zwei Kornhändlern über einen Brillantring stammen.

Neben der Sicherung der Forderung an sich haftet die zurückbehaltene Sache auch für Kosten, Zinsen und Vertragsstrafen und für die Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen. Das ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 1257 BGB., der das gleiche für die gesetzlichen Pfandrechte bestimmt; das Zurückbehaltungsrecht, als Sicherungs- und Befriedigungsmittel, verlangt die analoge Anwendung dieser Vorschrift. Das ergibt sich aber auch daraus, daß der Gläubiger gemäß dem § 367 BGB. verlangen kann, daß eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht aus-

[1]) vgl. ERG. II v. 25. 10. 1901 (Bd. 49 S. 424).
[2]) Darüber vgl. oben S. 19.

reichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung anzurechnen ist.

Stehen dagegen zwei Kaufleute in Geschäftsverbindung und verhandeln sie über ein Geschäft, das später nicht zustande kommt, so gehören zu den für die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts geeigneten Forderungen auch die gemäß dem § 362 Abs. 2 HGB. entstandenen Forderungen, z. B. für Kosten der Aufbewahrung zugesandter Ware.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten gehört gleichfalls dazu, wenn er durch Geltendmachung eines beiderseitigen, handelsgeschäftlichen Anspruchs entstanden ist.

3. Die Forderungen müssen entstanden sein aus Geschäften, die zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossen sind. Aus diesem Erfordernis einer direkten Beziehung zwischen beiden Parteien ist zu folgern, daß solche Forderungen ausgeschlossen sind, die durch Richterspruch, Erbgang oder Vermächtnis erworben werden.

Ferner folgt daraus, daß das Zurückbehaltungsrecht durch die Abtretung einer aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft für einen Kaufmann entstandenen Forderung nicht ohne weiteres auf den neuen Gläubiger übertragen wird,[3]) denn der § 1250 BGB., der ausspricht, daß mit der Übertragung der Forderung das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger übergeht, kann nicht analog auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht angewandt werden, da das Gesetz über eine entsprechende Anwendung nichts enthält, und dieses Schweigen hier als Ablehnung der analogen Anwendung aufzufassen ist.[4])

Im einzelnen ist hierzu noch zu bemerken:

a) Das Zurückbehaltungsrecht allein kann nicht abgetreten werden, da es insoweit ein akzessorisches Recht ist; es besteht für eine bestimmte Forderung eines bestimmten Gläubigers und läßt sich nicht auf eine andere Forderung eines anderen Gläubigers übertragen.

b) Das Zurückbehaltungsrecht kann nicht wegen einer abgetretenen Forderung entstehen, denn die Forderung des Zessionars ist niemals entsprungen aus einem zwischen ihm und dem Schuldner geschlossenen Geschäfte; die Forderung ist durch ein Geschäft zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner entstanden, und auf Grund eines Geschäftes zwischen dem alten und neuen Gläubiger ist der letztere der Gläubiger des Schuldners geworden. „Zwischen" neuem Gläubiger und Schuldner ist kein Geschäft geschlossen worden.

---

[3]) vgl. ERG. I v. 17. 3 1883 (Bd. 9 S. 47 f.), I v. 7. 4. 1886 (Bd. 18 S. 234).
[4]) And. A. Makower S 1109.

Ein so strenger Ausschluß zedierter Forderungen als Grundlage des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist auch durchaus notwendig, um dem Mißbrauch zu steuern, der im geschäftlichen Leben mit der Abtretung von Forderungen getrieben werden kann und getrieben wird. Der § 826 BGB. allein gewährt nicht die genügende Sicherheit gegen Schädigung durch dolose Forderungsabtretungen.

Ein Ausnahmefall davon, daß die Forderung aus zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossenen Geschäften herrührt, liegt nicht vor, wenn der Schuldner durch Schuldübernahme die durch ein Geschäft zwischen dem Gläubiger und einem Dritten entstandene Verpflichtung übernimmt, da im Falle der Schuldübernahme das Geschäft entweder sofort mit dem Gläubiger geschlossen oder doch nachträglich zu einem Geschäft zwischen Gläubiger und Schuldner wird; das ist nicht anzunehmen, wenn die Schuldübernahme sich in der Form der Vermögens- oder Geschäftsübernahme ohne Abschluß zwischen Gläubiger und neuem Schuldner vollzieht, wie es z. B. bei der Fortführung des Geschäfts mit der Firma der Fall ist.[5])

Zwischen dem Aussteller oder dem Indossatar eines Orderpapieres und dem aus einem solchen Papiere Verpflichteten sowie zwischen dem Inhaber eines Inhaberpapieres und dem aus einem solchen Papiere Verpflichteten besteht dagegen ein zwischen diesen beiden geschlossenes Geschäft im Sinne der Vorschrift des § 369 HGB., denn der Aussteller eines Orderpapiers erklärt durch die Unterschrift, daß er zu jedem legitimierten Inhaber des Papieres in ein unmittelbares Schuldverhältnis treten und ihn als seinen Gläubiger anerkennen wolle. Der Aussteller eines Orderpapieres gibt zu erkennen, daß er nicht auf die Person des ersten Gläubigers Gewicht legt, sondern daß er jedem, der rechtmäßig Gläubiger geworden ist, auch so verpflichtet sein will, wie dem ersten Gläubiger selbst. Der Erwerber erwirbt die Forderung originär, zwar tatsächlich durch Vermittlung seines Vormannes, rechtlich aber nicht als sein Rechtsnachfolger, sondern genau entsprechend dem Inhalte der Urkunde kommt die Forderung bei jedem Gläubigerwechsel neu zur Entstehung, ohne daß der Erwerber den dem Vormanne entgegenstehenden Einwendungen ausgesetzt ist.

Sofern also auch hier die sonstigen wesentlichen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts vorliegen, insbesondere also das Papier vom Schuldner auf Grund eines Handelsgeschäftes indossiert worden ist, und der Gläubiger es von seinem Vormanne auf Grund eines auf seiner Seite bestehenden Handels-

[5]) vgl. Schlegelberger S. 213.

geschäfts erhalten hat, steht wegen der durch Indossament von Dritten erworbenen Forderungen aus Orderpapieren dem Kaufmann gegen den aus dem Papiere verpflichteten Kaufmann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu.

Für den Wechselverkehr, für den diese Regeln grundsätzlich gelten, bestehen Ausnahmen nicht bloß für das Indossament eines Rektawechsels, sondern auch für das Indossament eines protestierten Wechsels, da diese Indossamente nur Zessionswirkung haben. Der Giratar tritt also nur in das Recht des Giranten ein, er ist sein Rechtsnachfolger.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist von der Fälligkeit der Forderung abhängig; denn es würde unbillig sein, könnte der Gläubiger sich für seine Forderung an den in seinem Besitz befindlichen Gegenständen des Schuldners schadlos halten, solange die Forderung bedingt,[6]) betagt oder ihre Entstehung noch abzuwarten ist. Hat jemand einem anderen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit Kredit gewährt, ohne sich eine Sicherheit auszubedingen, so liegt darin die Erklärung, vor Ablauf dieser Zeit und, solange nicht die im § 370 HGB. vorgesehenen Fälle eingetreten sind, eine Sicherstellung nicht zu verlangen; könnte der Gläubiger trotzdem vor eingetretener Fälligkeit seiner Forderung das Zurückbehaltungsrecht geltend machen, so würde er sich mit seiner Erklärung bei Eingehung des Vertrages in Widerspruch setzen.

Die Fälligkeit muß nicht schon zur Zeit der Besitzerlangung an dem zu retinierenden Gegenstand, wohl aber zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts vorhanden sein.

Verjährte Forderungen[7]) können nicht als Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts angesehen werden, da hier der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern.

Es ist zwar die gegenteilige Ansicht vertreten worden,[8]) doch sind die hierfür vorgebrachten Gründe nicht stichhaltig, insbesondere ist die Verweisung auf die Vorschrift des § 223 Abs. 1 BGB. nicht geeignet, die Ansicht der Gegner zu stützen. Diese Vorschrift bestimmt, daß die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen. Es bleibt danach auch nach dem Erlöschen der persönlichen Klage die dingliche Haftung bestehen. Die analoge Anwendung dieser

[6]) Näheres über die Voraussetzung der Unbedingtheit vgl. S. 26.
[7]) BGB. § 222.
[8]) Von Makower S. 1109; Lehmann-Ring Nr. 3 des § 369; Schlegelberger S. 211.

Bestimmung auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist aber unstatthaft, da es sich um gänzlich verschiedene Rechtsinstitute handelt, auf die diese Ausnahmebestimmung nicht gleichmäßig angewandt werden kann. Das Hypotheken- und Pfandrecht hat dingliche Wirkung, das Zurückbehaltungsrecht dagegen lediglich obligatorische Wirkung, wie unten[9]) nachzuweisen sein wird; wenn es auch ein pfandähnliches Institut ist, da der Gläubiger berechtigt ist, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstand für seine Forderung zu befriedigen, so ist es doch kein wahres Pfandrecht. Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 223 Abs. 1 BGB. auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erscheint mithin ausgeschlossen.

Auch Forderungen, denen eine zerstörliche Einrede gegenübersteht, bilden keine Grundlage für ein Zurückbehaltungsrecht, da auch in diesen Fällen der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern.

Weitere Voraussetzungen hat das Gesetz für die Forderung nicht aufgestellt; vor allem braucht keine Konnexität der Forderung mit dem Herausgabeanspruch zu bestehen.

Eine Ausnahme hiervon schafft das Depotgesetz.[10]) Der Hauptbankier, dem bei Übersendung von Wertpapieren zum Zweck der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen vom Zwischenbankier die diesem gesetzlich obliegende[11]) Mitteilung gemacht wird, daß die Papiere fremde seien, kann an den übergebenen oder an den neubeschafften Papieren ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Es wird als Mitteilung im allgemeinen genügen, wenn dem Ein- oder Verkaufsauftrag die Klausel: in Kommission hinzugefügt wird, einmal, da das Gesetz davon ausgeht, daß der Kommissionär in der Regel nicht als Selbstkontrahent auftritt, ferner aber, da die Klausel eben gerade dem Zweck dienen soll, mitzuteilen, daß der Auftrag für fremde Rechnung gegeben wird. Es wird also hier Konnexität der Forderungen verlangt.

Ist dieser Fall der einzige, in dem eine rechtliche Konnexität verlangt wird, so ist auf Grund der oben behandelten, für die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts wesentlichen Voraussetzungen auch in allen übrigen Fällen eine wirtschaftliche Konnexität vorhanden. Sowohl die Forderung als auch die Tatsache, daß Gegenstände des Schuldners in den Besitz des Gläubigers

[9]) S. 26.
[10]) § 8 Abs. 2 des Reichsgesetzes v. 5. 7. 1896.
[11]) § 8 Abs. 1 u. § 9 des Gesetzes v. 5. 7. 1896.

gelangt sind, müssen ihre Grundlage in dem Geschäftsverkehr der Parteien haben. Bei einem umfassenden Geschäftsverkehr, besonders bei fortdauernder Geschäftsverbindung, vor allem aber beim Kontokurrentverhältnis, ist der Zusammenhang zwischen den einzelnen Geschäften und den aus ihnen stammenden Ansprüchen klar ersichtlich. Dasselbe ist der Fall, wenn die gegenseitigen Verbindlichkeiten aus einzelnen Handelsgeschäften entstehen, mag auch hier der Zusammenhang nicht so deutlich in die Erscheinung treten.

Zur Entstehung des Zurückbehaltungsrechts wird ferner weder Verzug des Schuldners noch Liquidität oder Unbedingtheit der Forderung verlangt; wird aber durch die hinzugetretene Bedingung die Fälligkeit hinausgeschoben, so ist die Forderung aus diesem Grunde nicht zur Begründung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts geeignet.

Gleichgültig ist endlich, ob die Forderung in einer Geldforderung besteht oder nicht. Allerdings muß die Forderung mit Rücksicht auf den § 1228 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit dem § 371 HGB. so geartet sein, daß sie in eine Geldforderung verwandelt werden kann, da das letzte Ziel des Zurückbehaltungsrechts die Befriedigung durch den Erlös der Sache ist.[12])

Zu den somit zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts geeigneten Forderungen gehören danach alle Ansprüche, auf Grund deren der Schuldner zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet ist, z. B. ein Anspruch auf Rechnungslegung, soweit er im Zuwiderhandlungs- oder Nichterfüllungsfalle schadensersatzpflichtig ist; denn alle Entschädigungsforderungen sind in diesem Sinne Geldforderungen.

E. Bestehen des Rechtes Dritten gegenüber.

§ 8.

Der Abs. 2 des § 369 HGB. regelt die Wirkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts gegenüber Dritten. Damit, daß das Gesetz hierfür eine besondere Bestimmung zu geben für notwendig erachtet, setzt es voraus, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht lediglich ein obligatorisches, gegen den Schuldner wirkendes Recht ist, dem durch besondere Bestimmung ein gewisser dinglicher Charakter verliehen werden soll.[1])

---

[12]) And. A. Makower S. 1108 ff.

[1]) So heute einheitlich Wissenschaft und Rechtsprechung; Staub früher 6./7. Aufl. Anm. 38 u. 61) and. A., die allseitig bekämpft wurde.

Das Retentionsrecht besteht nach der Vorschrift des § 369 Abs. 2 HGB. gegenüber einem anderen als dem Schuldner nur insoweit, als dem anderen gegenüber Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe geltend gemacht werden können.[2])

Wie weit diese Rechte Dritter gehen, richtet sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs; danach regelt sich die Sachlage folgendermaßen:

Der Schuldner, der die vom Gläubiger zurückbehaltene Sache veräußert, kann das Eigentum lediglich gemäß dem § 931 BGB. durch Abtretung seines Anspruchs auf Herausgabe der Sache gegen den Gläubiger übertragen, da er nicht im unmittelbaren Besitze der Sache ist. Diesen Anspruch kann er aber nur mit den Einschränkungen abtreten, die sich für ihn aus dem Zurückbehaltungsrecht ergeben. Das Recht bleibt mithin gegenüber dem obligatorischen Anspruche des neuen Eigentümers auf Herausgabe der Sache wirksam.

Das Entscheidende ist danach, daß der Anspruch des neuen Gläubigers vom Schuldner abgeleitet ist; demgemäß gilt dasselbe auch dann, wenn der Schuldner an der zurückbehaltenen Sache einem Dritten einen Nießbrauch bestellt oder die Sache einem Dritten verpfändet (§§ 1032, 1205 BGB.), denn auch hier kann eine reale Besitzübertragung nicht stattfinden, vielmehr können sich Pfandgläubiger und Nießbraucher nur auf den vom Schuldner abgeleiteten und daher allen früheren Einwendungen ausgesetzten Herausgabeanspruch stützen. Beruht dagegen der Anspruch des Dritten nicht auf einer Rechtshandlung des Schuldners, handelt es sich vielmehr um ein auf Grund anderer Tatsachen originär erworbenes Recht, so versagt der Schutz des § 369 Abs. 2 HGB.

Im einzelnen ergibt sich folgendes:

War der Schuldner nicht Eigentümer, so ist die Entstehung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nicht denkbar; wie oben[3]) dargelegt, nützt auch der gute Glaube des Gläubigers an das Eigentum oder an die Verfügungsberechtigung des Schuldners nicht.

Das einmal entstandene Zurückbehaltungsrecht geht, wie wir schon gesehen haben, nicht dadurch unter, daß der Schuldner das Eigentum nachträglich auf einen Dritten überträgt; nur wenn zugleich der Gläubiger den Besitz verliert, so geht das Zurückbehaltungsrecht zugrunde.

---

[2]) vgl. Denkschr. S. 228.
[3]) S. 10 f.

Doch muß das Retentionsrecht dem dinglichen Rechte eines Dritten weichen, wenn die Entstehung des dinglichen Rechtes vor die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts fällt oder nicht auf eine Rechtshandlung des Schuldners zurückzuführen ist. So kann der Gläubiger dem Spediteur, Frachtführer oder Lagerhalter, die ihr gesetzliches Pfandrecht geltend machen, nicht entgegenhalten, daß er dem Schuldner gegenüber nicht zur Herausgabe verpflichtet sei; denn das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner berührt diese Pfandgläubiger nicht, da sie ihr Recht unmittelbar vom Gesetz und nicht von einer Verfügung des Schuldners ableiten. Sendet z. B. der Verkäufer die bereits im Eigentum des Käufers stehenden Waren durch einen Spediteur an den Käufer, so geht das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs dem wegen anderer Forderungen des Verkäufers gegen den Käufer bestehenden Zurückbehaltungsrecht vor.

Ist über eine Ware ein Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein ausgestellt, so kann ein gegenüber einem Zwischenbesitzer entstandenes Zurückbehaltungsrecht dem legitimierten Besitzer der Urkunde gemäß dem § 364 Abs. 2 HGB. nicht entgegengesetzt werden, wenn diese Traditionspapiere auf Order lauten und durch Indossament übergeben sind. Im Falle der Übertragung des aus dem Verfügungspapier hervorgehenden Anspruchs im Wege der Zession haben aber die Zurückbehaltungsrechte, die dem zur Ablieferung Verpflichteten gegenüber den Zwischenbesitzern zustehen, dem neuen Gläubiger gegenüber, den Rechtssätzen der Zession entsprechend, volle Wirkung.[4])

Das dem Verkäufer und Einkaufskommissionär zustehende Verfolgungsrecht im Konkurse (§ 44 KO.) geht dem Zurückbehaltungsrecht vor, das dem Spediteur oder Frachtführer gegen den als Empfänger Bezeichneten etwa zusteht, da die auf dem Verfolgungsrechte beruhende Befugnis nicht von einer Verfügung des Schuldners, sondern unmittelbar vom Gesetze hergeleitet ist. Auch ergibt es sich daraus, daß die Sachlage nach Ausübung des Verfolgungsrechts so angesehen wird, als ob der verfolgende Eigentümer das Eigentum nie verloren hätte.

Bestehen an derselben Sache zwei Retentionsrechte, hat aber bei dem zuerst erworbenen der Gläubiger nur mittelbaren Besitz, während der Gläubiger, der später das Recht erworben hat, den unmittelbaren Besitz innehat, so versagt das erste Zurückbehaltungsrecht stets dann, wenn der unmittelbar besitzende zweite Gläubiger sein Recht nicht vom Schuldner ableitet, wenn also der erste

---

[4]) vgl. Makower S. 1124.

Gläubiger keine Einwendungen aus der mangelnden Verfügungsbefugnis des Schuldners entgegensetzen kann.

Ein Pfandgläubiger, der an der Pfandsache zugleich für eine andere Forderung ein Zurückbehaltungsrecht hat, ist auf Grund der §§ 1249 Satz 2, 268 Abs. 3 Satz 2 BGB. dagegen geschützt, daß das Pfandrecht durch Einlösung des Pfandes durch einen Rechtsnachfolger des Schuldners beeinträchtigt wird; denn die Worte des Gesetzes: Der Übergang der Forderung von dem vorgehenden auf den nachstehenden Pfandgläubiger kann nicht zum Nachteile des (vorgehenden) Gläubigers geltend gemacht werden, haben die Bedeutung, daß der Gläubiger sich durch den Übergang der Forderung nicht schlechter stehen soll als sonst, was hier bedeutet, daß das in die Hand eines anderen übergehende dingliche Recht das früher mit diesem in einer Hand vereinigte, obligatorische Zurückbehaltungsrecht nicht illusorisch machen soll.

Soll eine Sache, an der der Gläubiger auf Grund seines Zurückbehaltungsrechts den Gewahrsam ausübt, für einen anderen gepfändet werden, so hat der Zurückbehaltungsberechtigte das Recht, die Herausgabe zu verweigern und so die Pfändung zu verhindern (§ 808 ZPO.).

Wird entgegen diesem Rechte die Pfändung vorgenommen, so kann der Gläubiger gegen die Pfändung die Einwendung gemäß dem § 766 ZPO. oder nach seiner Wahl die Zwangsvollstreckungsinterventionsklage nach dem § 771 ZPO. erheben.

F. Erschwerung durch Sonderanweisung.

§ 9.

Die Vorschriften über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht sind nur dispositiver Natur; das Recht kann daher, selbst beim Vorliegen aller wesentlichen Voraussetzungen, durch eine entgegenstehende Vereinbarung der Parteien gänzlich ausgeschlossen werden.

Aber auch wenn ein solcher gänzlicher Ausschluß nicht vereinbart worden ist, soll das Zurückbehaltungsrecht nicht entstehen, wenn trotz Vorhandenseins aller bisher behandelten positiven Voraussetzungen die negative Voraussetzung, die in der Vorschrift des § 369 Abs. 3 HGB. enthalten ist, nicht vorliegt.

Nach dieser Bestimmung ist das Zürückbehaltungsrecht ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, wider-

streitet; d. h. die Wirkung einer solchen Anweisung oder Vereinbarung ist, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht entsteht und, falls die Abrede nachträglich getroffen wird, daß ein etwa bereits entstandenes erlischt.

Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß durch das Prinzip der Kreditsicherung mit Hilfe von Waren des Gegners, die in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, kein Verfahren ermöglicht werden dürfe, das gegen Treu und Glauben verstoßen, wohlberechtigte Erwartungen und Dispositionen des Schuldners zerstören oder mit der Idee einer Deckung unvereinbar sein würde.[1])

Die Bestimmung des § 369 Abs. 3 HGB. schränkt die Anwendbarkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ganz bedeutend ein, denn selten wird im kaufmännischen Verkehr die Zusendung einer Ware stattfinden, ohne daß der Absender genaue Anweisungen darüber erteilt, wie der Empfänger mit der empfangenen Ware zu verfahren hat.

Das Gesetz unterscheidet zwischen der Anweisung und der übernommenen Verpflichtung.

Die Anweisung ist die vom Schuldner ausgehende, an den Gläubiger gerichtete, empfangsbedürftige, einseitige Willenserklärung; sie ist nur wirksam, wenn sie „vor oder bei der Übergabe" erfolgt. Dabei ist folgende Unterscheidung zu machen:

1. Nach der Übergabe ist die einseitige Anweisung des Schuldners ohne Einfluß auf das einmal erwachsene Zurückbehaltungsrecht; es bedarf jetzt der vertraglichen Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner.

2. Die einseitige Anweisung des Schuldners kann nach der Übergabe nur einem möglicherweise künftig erwachsenden Retentionsrecht vorbeugen, sie kann die Entstehung des Rechtes hindern, wenn die Übergabe erfolgt, bevor alle wesentlichen Voraussetzungen, insbesondere also eine fällige Forderung, vorliegen.

Das ergibt sich daraus, daß der Schuldner, solange bis ein Zurückbehaltungsrecht entstanden ist, dem Gläubiger den Besitz der Sache jederzeit entziehen kann, und daß ihm demgemäß auch das Wenigere gestattet sein muß, das in der Erteilung einer Anweisung im Sinne des § 369 Abs. 3 HGB. liegt.

Dagegen ist es meines Erachtens nicht richtig, wenn man den Wortlaut des Gesetzes so eng auslegt, daß der Zeitpunkt der Besitzerlangung in allen Fällen der maßgebende ist und nicht der möglicherweise spätere Zeitpunkt der Entstehung des Zurück-

[1]) vgl. ERHG. II v. 2. 2. 1876 (Bd. 19 S. 373).

behaltungsrechts.[2]) Der Wortlaut des Gesetzes entspricht allerdings dem Regelfalle, daß zu der Zeit, in der der Besitz auf den Gläubiger übergeht, auch alle Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts gegeben sind; ist das nicht der Fall, so ist aus den dargelegten Gründen der nachträglichen Anweisung die rechtshindernde Kraft beizulegen.

Die Verpflichtung des Gläubigers, die in der Regel auf einem Vertrage zwischen Gläubiger und Schuldner beruhen wird, kann vor, bei oder nach der Besitzerlangung übernommen sein. Die für die nach der Besitzerlangung erfolgte Anweisung bestehende Besonderheit gilt demgemäß bezüglich der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung nicht. Von dieser Verpflichtung einseitig abzugehen, ist dem Gläubiger untersagt.

Eine allgemeine Regel läßt sich darüber nicht aufstellen, es ist vielmehr Tatfrage, wie der Inhalt der Anweisung bezw. der Verpflichtung beschaffen sein muß, um das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen. Es ist ja bereits eine Voraussetzung der Zurückbehaltung, daß der Zurückbehaltende obligatorisch verpflichtet ist, den Gegenstand entweder dem Schuldner oder einem von diesem bezeichneten Dritten herauszugeben, mag diese Verpflichtung auf einem Miet- oder Leihvertrage, einem rückgängig gemachten Kaufe oder einer nicht zum Abschluß gekommenen Verkaufshandlung beruhen. Der Inhalt des Zurückbehaltungsrechts ist es aber gerade, diese Herausgabe zu verweigern; denn „zurückbehalten" heißt nichts anderes als „nicht leisten, was man zu leisten an sich verpflichtet wäre". Somit kann die Vorschrift des Abs. 3 im § 369 HGB. nicht diese Fälle der Anweisung treffen wollen, denn es würde dann der Abs. 3 den Abs. 1 für die praktische Anwendbarkeit vollständig aufheben, und es würden nur die Fälle für das Entstehen eines Zurückbehaltungsrechts übrig bleiben, in denen der Schuldner dem Gläubiger wenn auch nicht gerade ein Pfand bestellen, so doch eine Sicherheit verschaffen will. Zu diesem Ergebnis kommt Cosack,[3]) der den hier vertretenen Standpunkt nicht teilt.

Ein praktisch möglicher Sinn der Vorschrift des Abs. 3 ist nur in der Auslegung zu erblicken, daß das Zurückbehaltungsrecht dann nicht Platz greift, wenn nicht nur eine Rückgabepflicht besteht, die sich aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden Vertragsverhältnisses ergibt, sondern wenn außerdem noch besonders vorgeschrieben oder vereinbart ist, in einer bestimmten

---

[2]) So Makower S. 1125; Düringer-Hachenburg S. 572.
[3]) a. a. O. S. 130.

Weise, d. h. in einer vom Schuldner oder von beiden Parteien bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren.

Sowohl der Grundgedanke und die Ausdrucksweise des Gesetzes wie auch die Anschauung des Verkehrs rechtfertigen diese Ansicht.

So können ohne besondere Anweisung oder Abmachung zurückgehalten werden: Waren, die zur Aufbewahrung oder zur Ausbesserung oder Bearbeitung übergeben werden,[4]) ferner Waren, die beim Kauf auf Probe[5]) oder die dem Gläubiger als Erfüllungsangebot oder unbestellt, um zum Kaufe anzuregen, zugesandt werden, ferner zur Verfügung gestellte Waren,[6]) soweit dies nach Abs. 1 möglich ist, und verpfändete Waren nach Zahlung der Pfandschuld wegen anderweiter Ansprüche.

Dagegen sind vom Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen z. B. Waren, die der Spediteur oder Frachtführer im Besitz hat, um sie einem bestimmten Dritten weiter zu senden, ferner Waren, die jemandem zum Zweck des Verkaufs oder mit der Vorschrift übergeben werden, die Sache zur jederzeitigen Verfügung eines Dritten bereit zu halten, ferner Wechsel, die einem anderen mit dem Auftrage übergeben werden, sie zu diskontieren oder weiter zu girieren, denn in diesen Fällen hat der Schuldner bereits über die Sache anderweit verfügt.

Ist jedoch in diesen Fällen, in denen an sich das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden kann, das Vertragsverhältnis erledigt, nimmt z. B. der Empfänger dem Spediteur die Waren nicht ab, oder wird der Verkaufsauftrag zurückgenommen, so kann nunmehr das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden, es sei denn, daß auch für diese Fälle bereits eine besondere Anweisung oder Verpflichtung vorlag.

G. Abwendung durch Sicherheitsleistung.

§ 10.

Gemäß dem § 369 Abs. 4 HGB. kann der Schuldner die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung

---

[4]) vgl. ERHG. I v. 5. 12. 1873 (Bd. 12 S. 29), II v. 2. 2. 1876 (Bd. 19 S. 369).

[5]) And. A. Schlegelberger S. 217ff., der diese Ansicht nicht für alle Fälle gelten läßt, sondern nur, wenn die Forderung des Käufers aus diesem Kauf auf Probe entstanden ist, z. B. wenn der Käufer nach dem Vertrage Anspruch auf Erstattung der Aufbewahrungskosten hat.

[6]) vgl. ERG. I v. 15. 4. 1896 (Gruchot Bd. 40 S. 1113—1115).

abwenden. Die Vorschrift will, daß der Gläubiger, dem ja das Zurückbehaltungsrecht nur Sicherheit gewähren soll, sich auch mit jeder anderen Sicherheit begnügen muß; es ist also kein besonderer Grund zur Sicherheitsleistung erforderlich, insbesondere nicht Verschlechterung oder Entwertung der zurückbehaltenen Gegenstände.

Dieses Recht auf Sicherheitsleistung mußte dem Schuldner gegeben werden, da die Zurückbehaltung gerade der retinierten Sachen für den Schuldner von besonderem Nachteile sein kann; der Schuldner bedarf daher eines Mittels, um diese Nachteile ohne Schädigung des Gläubigers zu verhüten, ohne aber auch sofort seine Schuld tilgen zu müssen.

Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach den §§ 232 ff. BGB., wovon jedoch das Gesetz die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausnimmt, die einen gleichwertigen Ersatz für die reale Sicherheit nicht bieten kann.

Die Leistung der Sicherheit bewirkt ein Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts, nicht nur der Verkaufsberechtigung; es handelt sich also nicht um bloße Hemmung der Ausübung, sondern um vollständige Aufhebung des Zurückbehaltungsrechts selbst.[1])

Weigert sich der Gläubiger, die ihm angebotene, ausreichende Sicherheit anzunehmen, so behält er zwar sein Zurückbehaltungsrecht, macht sich aber schadensersatzpflichtig.[2])

Bezüglich der Höhe der zu leistenden Sicherheit ist zu unterscheiden:

1. Ist der zurückbehaltene Gegenstand mehr wert als die Forderung, auf Grund deren das Recht ausgeübt wird, so muß die Sicherheit nicht in Höhe des zurückbehaltenen Gegenstandes, sondern nur in Höhe der Forderung geleistet werden, denn die Sicherheitsleistung soll ein Ersatz für die Retention sein; sie erfüllt mithin ihren Zweck, wenn sie die Forderung deckt.

2. Ist andererseits die Forderung mehr wert als der Gegenstand der Zurückbehaltung, so ist nur in Höhe des retinierten Gegenstandes Sicherheit zu leisten, denn das ist ein ausreichender Ersatz der aufgegebenen Sicherheit.

Entsprechend der Vorschrift des § 562 Halbsatz 2 BGB. ist anzunehmen, daß der Schuldner auch einen einzelnen von mehreren zurückbehaltenen Gegenständen durch Sicherheitsleistung in Höhe des Wertes dieses Gegenstandes auslösen kann.

Im Anschluß hieran ist noch zu erwähnen, daß das kauf-

---

[1]) And. A. Schlegelberger S. 239.
[2]) vgl. ERHG. II v. 30. 10. 1874 (Bd. 15 S. 366).

männische Zurückbehaltungsrecht überhaupt nur soweit Platz greift, als die Sicherheit des Gläubigers es erfordert; das Zurückbehaltungsrecht findet seine natürliche Schranke in dieser Sicherung. Daraus folgt, daß das Zurückbehaltungsrecht, falls sich die Forderung des Gläubigers mindert, auch nur noch an so vielen Sachen ausgeübt werden kann, als zur Deckung der Restforderung dient.

III. Die Voraussetzungen des Notzurückbehaltungsrechts.

§ 11.

1. Nach dem bisher über die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts Gesagten wird man zu dem Ergebnis kommen, daß das Zurückbehaltungsrecht in der Praxis keinen großen Wert besitzt, da es den Interessen des Kaufmanns wenig dient. Der Kaufmann, der die Waren seines Geschäftsfreundes zurückbehält, wird gegen sein eigenes Interesse handeln, denn er stört die Geschäftsverbindung mit ihm. Solange ein Kaufmann noch Kredit hat, kann er jeden Ausfall wieder einbringen; die Quellen des Kredits werden sich ihm aber in dem Augenblick verschließen, wo bekannt wird, daß ein Kaufmann zur Sicherung einer Forderung gegen ihn Schritte unternimmt, also z. B. das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geltend macht. Während es dem Schuldner mit Hilfe des Kredits möglich gewesen wäre, den Gläubiger zu befriedigen, tritt nach Versagung des Kredits eine Geschäftsstockung ein, die den Schuldner ruiniert, aber auch den Gläubiger schädigt. Nach allgemeiner Anschauung gilt es darum für unfein, das Zurückbehaltungsrecht in solchen Fällen anzuwenden, in denen eine Gefährdung der Vermögenslage des Schuldners noch nicht bevorsteht; es wäre der Ausdruck des Mißtrauens gegen den Geschäftsfreund; die Folgen dieses Mißtrauens würden beiden Teilen schaden.

Sehr wichtig ist das Zurückbehaltungsrecht dagegen, wenn die Vermögenslage des Schuldners unsicher wird. Gegenüber der Gefahr, seine Forderung einzubüßen, kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, die Fälligkeit der Forderung abzuwarten oder eine Anweisung oder Verpflichtung zu berücksichtigen, die zu einer Zeit, da er die gefährdenden Umstände noch nicht kannte, in Ansehung der Behandlung der Gegenstände erfolgt ist. Dem trägt auch das Handelsgesetzbuch Rechnung, indem es für diesen Fall besondere Erleichterungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zuläßt.

Von der großen Anzahl von Voraussetzungen läßt das Gesetz[1] bei unsicherer Vermögenslage des Schuldners zwei Voraussetzungen fallen, ohne deren Vorhandensein bei normaler Vermögenslage des Schuldners eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen wäre; es bedarf nicht der Fälligkeit der Forderung, und eine Anweisung des Schuldners oder die Übernahme der Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, steht der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen.

Die Fälle, in denen das Gesetz den Wegfall dieser Voraussetzungen zuläßt, sind folgende[2]):

a) Konkurseröffnung,
b) Zahlungseinstellung,
c) erfolglos versuchte Zwangsvollstreckung.

2. Mit der Aufzählung dieser drei Fälle des sogen. Notzurückbehaltungsrechts will das Gesetz erschöpfend sein; es bleibt daher diese Vorschrift stets die Ausnahme, wenn sie auch in Wirklichkeit die Mehrzahl der praktischen Fälle trifft.

a) Der Konkurs muß bereits eröffnet sein, er darf nicht nur bevorstehen; der Konkurseröffnung steht aber nach den Vorschriften der Konkursordnung gleich: der Beschluß auf Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.[3])

Ist das Notzurückbehaltungsrecht durch Eröffnung des Konkurses einmal entstanden, so wird es dadurch nicht wieder aus der Welt geschafft, daß das Verfahren mit Übereinstimmung aller Gläubiger eingestellt ist, oder weil sich ergeben hat, daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden ist,[4]) denn hier liegen die materiellen Voraussetzungen für ein Konkursverfahren vor, und nur aus praktischen Rücksichten ist die Formalvorschrift der Einstellung gegeben.

Das einmal entstandene Notzurückbehaltungsrecht geht dagegen dann verloren, wenn infolge einer Beschwerde der Eröffnungsbeschluß aufgehoben wird, denn in diesem Falle mangelt es nach der Feststellung des Gerichts an den materiellen Voraussetzungen der Konkurseröffnung.

Unerheblich ist, ob der Konkurs im Inlande oder Auslande eröffnet ist; es genügt auch, wenn er nur über das im Inlande befindliche Vermögen des Schuldners, der im Auslande seinen Wohnsitz hat, eröffnet ist.[5])

---

[1]) HGB. § 370.
[2]) HGB. § 370.
[3]) KO. § 198.
[4]) KO. § 204.
[5]) vgl. ERG. II v. 10. 4. 1888 (Bd. 21 S. 23).

b) Wann der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Das Reichsgericht versteht unter Zahlungseinstellung die innerhalb der beteiligten Geschäftskreise erkennbar gewordene Tatsache der Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen eines nicht bloß vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln.[6]) Abgesehen von einer Erklärung des Schuldners wird man in der Schließung des Geschäfts z. B. die Zahlungseinstellung erblicken können.

Die Zahlungseinstellung ist nicht mit einer bloßen Zahlungsstockung zu verwechseln, bei der der Schuldner sich nur vorübergehend nicht im Besitze der bereiten Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger befindet; andererseits wird die Annahme der Zahlungseinstellung durch den Umstand, daß überhaupt noch Zahlungen geleistet sind, nicht mit Notwendigkeit ausgeschlossen.[7])

Es genügt auch nicht die tatsächliche Überschuldung, auch nicht, daß aus ihr geschlossen werden kann, daß der Konkurs mit Wahrscheinlichkeit in Bälde zu erwarten ist, solange nicht die Nichterfüllung seiner Schulden durch den Schuldner offenbar geworden ist.

c) Ist die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht worden, so macht es keinen Unterschied, ob Vermögensstücke nicht vorhanden waren oder ob sie verheimlicht wurden. Der Schuldner kann sich gegenüber der Notzurückbehaltung nicht darauf stützen, daß er hinreichend Deckungsmittel besessen, diese aber dem Zugriff des Gläubigers entzogen habe. Auch muß man annehmen, daß das Notzurückbehaltungsrecht gegeben ist, wenn die Zwangsvollstreckung zwar nicht ohne jeden Erfolg, wohl aber ohne den gewünschten Erfolg vorgenommen ist, d. h. wenn sie nur zu einer teilweisen Befriedigung geführt hat.

Daß alle Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen den Schuldner erschöpft sind, ist nicht erforderlich. Zu beachten ist aber, daß hier nicht eine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (§§ 883 ff. ZPO.), sondern eine Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Vermögen des Schuldners schlechthin stattfinden muß, da es sich um die Feststellung der Kreditunwürdigkeit des Schuldners handelt, und eine Vollstreckung wegen Herausgabe einer Sache in dieser Beziehung nichts beweist und daher nicht vom Gesetz gemeint sein kann.

Von wem die vergebliche Vollstreckung versucht wird, ist einerlei; es ist nicht erforderlich, daß der Vollstreckungsgläubiger und der Zurückbehaltungsberechtigte dieselbe Person sind.

---

[6]) ERG. I v. 22. 2. 1882 (Bd. 6 S. 95 f.), VII v. 6. 6. 1902 (Bd. 51 S. 413 f.).
[7]) vgl. ERG. VII v. 17. 12. 1901 (Bd. 50 S. 41 f.)

Im Gegensatz zu anderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs[8]) ist hier eine Frist nicht angegeben, innerhalb der das Notzurückbehaltungsrecht nach einer erfolglos versuchten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners besteht. Mit Rücksicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben ist wohl anzunehmen, daß der Schuldner nach Ablauf einer hinreichend langen Zeit mit der Behauptung gehört werden muß, daß die betreffende Forderung nicht gefährdet ist, und daß er inzwischen in den Besitz von Barmitteln zur Tilgung der Forderung gelangt sei. Dieses ist jedoch die einzige Ausnahme; im übrigen hat der vom Schuldner erbrachte Nachweis, daß die Forderung nicht gefährdet sei, keinen Einfluß auf die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts, wenn einer der gesetzlichen Fälle vorliegt.

3. Wie bereits erwähnt, kann das Notzurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden:

a) ohne das Vorhandensein einer fälligen Forderung; es genügt das Bestehen der Forderung;

b) auch entgegen der Anweisung oder der Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren. Doch gilt diese Erleichterung nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (HGB. § 370 Abs. 2) nur dann, wenn die das Vorhandensein des Notzurückbehaltungsrechts ermöglichenden Tatsachen erst nach der Übergabe des Gegenstandes oder nach der Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden. War also z. B. die Konkurseröffnung dem Gläubiger bereits bekannt, bevor der Gegenstand in seinen Besitz kam, und bevor ihm die Anweisung erteilt wurde, so trifft ihn die Vergünstigung des Notzurückbehaltungsrechts nicht. Anders liegt es, wenn der Gläubiger, ohne Kenntnis von einem der Fälle des § 370 HGB. zu haben, eine Verpflichtung, in bestimmter Weise zu verfahren, übernimmt, den Besitz aber erst nach Kenntnis der Umstände erlangt; hier erwirbt der Gläubiger trotzdem das Notzurückbehaltungsrecht.

In keinem Falle ist erheblich, daß der Gläubiger die Kenntnis hätte haben können; auch bei einem fahrlässigen Nichtkennen steht ihm das Notzurückbehaltungsrecht zu.

Gemäß dem § 166 BGB. kann der Gläubiger sich nicht auf seine Unkenntnis berufen, wenn sein Vertreter, der die Waren in Empfang genommen und sich den dabei erteilten Anweisungen des Schuldners unterworfen hat, die Konkurseröffnung gekannt hat; wohl aber kann sich der Gläubiger darauf berufen, daß, wenn er auch selbst Kenntnis hatte, doch sein Vertreter in Un-

[8]) § 135 HGB.

kenntnis der Umstände gehandelt hat, ausgenommen ist aber wieder der Fall, wo der Vertreter ein Bevollmächtigter war, der nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat.

Ein auf Grund des § 370 HGB. entstandenes Zurückbehaltungsrecht wird wieder erlöschen, wenn der Grund seiner Entstehung nachträglich fortfällt,[9]) falls nicht inzwischen die Voraussetzungen des § 369 HGB. eingetreten sind. Ein Notzurückbehaltungsrecht entsteht nicht, wenn eine der im § 370 Abs. 1 HGB. genannten Voraussetzungen zwar früher vorgelegen hatte, aber bereits wieder fortgefallen war, bevor ein Zurückbehaltungsrecht entstehen konnte.

---

[9]) vgl. z. B. oben S. 36.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.